

## RECHTBANK 's-GRAVENHAGE

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer: 366481 / KG ZA 10-639

### Vonnis in kort geding van 2 juni 2010

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

**FTD BV,**

gevestigd te Haarlem,

eiseres in conventie,

verweerster in reconventie,

advocaat: mr. G. Brunt te Haarlem,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

**EYEWORCS FILM & TV DRAMA BV,**

gevestigd te Amsterdam,

gedaagde in conventie,

eiseres in reconventie,

advocaat: mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt te 's-Gravenhage.

Partijen zullen hierna FTD en Eyeworks genoemd worden.

### 1. De procedure

1.1. Bij exploit van 17 mei 2010 heeft FTD Eyeworks gedagvaard om te verschijnen op de zitting van 19 mei 2010 bij de voorzieningenrechter van deze rechtbank. Voorafgaand aan de zitting heeft Eyeworks een conclusie van antwoord tevens houdende (voorwaardelijke) conclusie van eis in reconventie genomen en heeft zij zeventien producties overgelegd. Bij brief van 18 mei 2010 heeft FTD vijf producties ingezonden, alsmede een afschrift van de conclusie van dupliek in reconventie, door haar op 24 maart 2010 genomen in een voor de rechtbank Haarlem aanhangige bodemprocedure tussen FTD en Stichting Brein.

1.2. FTD heeft haar zaak doen bepleiten door mr. Brunt, voornoemd. De zaak is voor Eyeworks bepleit door mrs. D.J.G. Visser en M. Bakker, beiden advocaat te Amsterdam. De raadslieden van beide partijen hebben pleitnotities gehanteerd welke zijn overgelegd. Mr. Brunt heeft ter zitting bovendien als producties 6, 7 en 8 een aantal afbeeldingen en een kostenspecificatie overgelegd.

1.3. Partijen hebben vervolgens vonnis gevraagd. Het vonnis is bepaald op heden.

## 2. De feiten

2.1. Deze zaak heeft als onderwerp het van Usenet downloaden van auteursrechtelijk beschermd materiaal en de rol van FTD daarbij. Voor een goed begrip van de zaak is het dienstig de belangrijkste begrippen kort toe te lichten.

### *Usenet*

2.2. Usenet is een protocol dat, met gebruikmaking van het internet, gebruikers in staat stelt deel te nemen aan discussies in zogenoemde nieuwsgroepen. Men plaatst daartoe tekst- of andere bestanden (die ook wel *binaries* worden genoemd), zoals software, films of muziekbestanden, op een of meer servers, waarna anderen die bestanden kunnen downloaden en opslaan op hun eigen computer. Om toegang te krijgen tot Usenet- of nieuwsservers – met andere woorden: om de op Usenet beschikbare bestanden te kunnen downloaden – moet men geregistreerd zijn bij een Usenetprovider.

2.3. Waar Usenet oorspronkelijk vooral als platform diende voor discussies die werden gevoerd door middel van het plaatsen van tekstbestanden, is in de loop der jaren het uitwisselen van *binaries* steeds belangrijker geworden. Het betreft dikwijls auteursrechtelijk beschermd materiaal dat zonder toestemming van de rechthebbenden wordt verveelvoudigd en openbaargemaakt.

2.4. Omdat er een limiet is gesteld aan de omvang van bestanden die men kan uploaden, worden grote bestanden, zoals speelfilms, in kleine deelbestanden of *articles* opgesplitst, die op een of meer Usenetservern worden opgeslagen. Om een dergelijk bestand in zijn geheel te downloaden, moeten dus de afzonderlijke *articles* – in sommige gevallen vele honderden of meer – worden gelokaliseerd, gedownload en samengevoegd tot één bestand.

2.5. Hoewel er zoekmachines beschikbaar zijn die gebruikers in staat stellen de Usenetservern te doorzoeken, is het lokaliseren van een specifiek bestand niet eenvoudig. Usenet bevat een grote hoeveelheid materiaal en de geüploade bestanden worden bovendien – vaak met opzet – zodanig benoemd dat ze moeilijk vindbaar zijn.

### *FTD*

2.6. FTD biedt een dienst waardoor gebruikers eenvoudig bestanden op Usenet kunnen vinden en downloaden. Zij stelt hiertoe een computerapplicatie, hierna aangeduid als de FTD Applicatie, beschikbaar waarmee gebruikers informatie kunnen delen over bestanden die op Usenetservern zijn opgeslagen. In de FTD Applicatie plaatsen gebruikers zogenoemde *spots*, gegevens over bestanden die door gebruikers als interessant worden aangemerkt. Een *spot* omvat de naam waaronder het bestand in kwestie op Usenet is te vinden.

2.7. De FTD Applicatie biedt de gebruikers de mogelijkheid om *spots* te doorzoeken en heeft de *spots* geordend in verschillende categorieën, zoals DVD, HD, Playstation en Xbox. Er zijn bovendien door FTD aangestelde moderators actief die – al dan niet op eigen initiatief – bestanden controleren op kwaliteit en die bestanden indien nodig verwijderen.

---

2.8. Men kan de bestandsnaam uit de *spot* gebruiken om met behulp van een Usenetzoekmachine het gewenste bestand te vinden en te downloaden. Hiertoe moet een aantal van stappen worden gezet. Met behulp van de juiste programmatuur kan men dit proces deels automatisch laten uitvoeren. Als de *spot* van het gewenste bestand in de FTD Applicatie is gevonden, kan dus met een paar muisklikken het bestand worden gedownload .

2.9. De FTD Applicatie heeft meer dan een half miljoen gebruikers.

*Het ex parte bevel van 11 mei 2010*

2.10. Eyeworks is de producent en auteursrechthebbende van de film “Komt een vrouw bij de dokter”. Deze film is enige tijd in bioscopen te zien geweest en is sinds 27 april 2010 te koop en te huur op DVD en BluRay.

2.11. Vrijwel onmiddellijk nadat “Komt een vrouw bij de dokter” te koop en te huur werd aangeboden, werden op de FTD Applicatie meerdere *spots* geplaatst voor deze film. Blijkens de Top 25 van Meest Gewaardeerde Aanmeldingen, die op de website van FTD is te vinden en waar “Komt een vrouw bij de dokter” meermaals in voorkomt, is de populariteit van de film groot. Een notering in de Top 25 betekent dat het bestand in kwestie veel wordt gedownload.

2.12. Bij beschikking van 11 mei 2010, gegeven op het verzoekschrift tot het geven van een ex parte voorziening uit hoofde van artikel 1019e Rv van Eyeworks, heeft de voorzieningenrechter van deze rechtbank FTD bevolen, kort gezegd, de inbreuk op de auteursrechten van Eyeworks op het werk “Komt een vrouw bij de dokter” te staken en gestaakt te houden. Als grondslag voor haar verzoek heeft Eyeworks aangevoerd dat FTD inbreuk maakte op de intellectuele eigendomsrechten van Eyeworks door het exploiteren van een computerapplicatie die het derden mogelijk maakt het werk te downloaden van Usenet.

2.13. FTD heeft aan het bevel gehoor gegeven door de *spots* voor de film “Komt een vrouw bij de dokter” te verwijderen. *Spots* voor audiobestanden met dezelfde titel – er is ook een zogenoemd luisterboek uitgebracht – zijn niet verwijderd.

### **3. Het geschil in conventie en (voorwaardelijke) reconventie**

3.1. FTD vordert – samengevat – dat de voorzieningenrechter bij vonnis, voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, het bij beschikking van 11 mei 2010 gegeven bevel opheft, met veroordeling van Eyeworks in de proceskosten overeenkomstig artikel 1019h Rv.

3.2. Eyeworks vordert in reconventie voorwaardelijk, voor het geval de conventionele vorderingen van FTD mochten slagen, – samengevat – dat de voorzieningenrechter bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, FTD gebiedt ieder onrechtmatig handelen jegens Eyeworks zoals omschreven in het verzoekschrift te staken en gestaakt te houden, op straffe van verbeurte van een dwangsom, met veroordeling van FTD in de proceskosten overeenkomstig artikel 1019h Rv.

3.3. Partijen voeren over en weer verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

#### **4. De beoordeling**

4.1. De voorzieningenrechter stelt voorop dat onbestreden is dat de film “Komt een vrouw bij de dokter” op Usenet wordt aangeboden zonder toestemming van Eyeworks, met andere woorden, Usenet is wat betreft deze film een ‘illegale bron’ van auteursrechtelijk beschermd materiaal. Evenmin betwist is het feit dat iemand die het werk van Usenet downloadt de film kan bekijken, opslaan en verder verspreiden. Anders gezegd: wie, gebruikmakend van de door FTD geboden faciliteiten, de *articles* van de film “Komt een vrouw bij de dokter” downloadt van de over Usenet verspreide locaties, heeft de volledige film tot zijn beschikking gekregen.

4.2. In deze zaak richt Eyeworks haar pijlen uitsluitend op FTD, niet op de individuele gebruiker die de film downloadt. De vraag of downloaden uit illegale bron illegaal is komt in deze zaak niet aan de orde.

4.3. Het draait in dit kort geding om de vraag of FTD door haar handelwijze het werk openbaar maakt, dat wil zeggen *ter beschikking stelt aan het publiek*.

4.4. FTD betoogt dat zij niet openbaar maakt, omdat de auteursrechtelijk beschermde bestanden op geen enkel moment in haar macht zijn. De servers waarop de bestanden zijn opgeslagen worden niet door haar beheerd en zij heeft geen invloed op het downloaden door gebruikers, zo stelt zij. Wat daar ook van zij, naar voorlopig oordeel is niet relevant of de auteursrechtelijk beschermde bestanden op enig moment daadwerkelijk in de macht van FTD zijn. Veeleer is van belang of de handelwijze van FTD gebruikers in staat stelt auteursrechtelijk beschermde bestanden (eenvoudiger) te downloaden en zij daarmee die bestanden de facto ter beschikking stelt van het publiek. Dit is naar voorlopig oordeel het geval.

4.5. Voor dit oordeel acht de voorzieningenrechter mede van belang dat aannemelijk is geworden dat FTD actieve, inhoudelijke bemoeienis heeft met de *spots*. Zo controleren de door FTD aangestelde moderators, al dan niet op eigen initiatief, de kwaliteit van de geplaatste spots, worden gebruikers – onder meer door middel van zogeheten kudo’s – gestimuleerd *spots* te plaatsen van bestanden waarvan FTD moet vermoeden dat ze auteursrechtelijk beschermd zijn, en heeft FTD – door uitvoering te geven aan het ex parte verbod – laten zien met een aanzienlijke mate van precisie te kunnen voldoen aan een bevel de inbreuk op specifieke auteursrechten te staken door *spots* die verwijzen naar een bepaald werk te verwijderen. Dit geheel van feitelijke bemoeienis leert dat FTD in de openbaarmaking een sleutelrol vervult. Zij is de maker, eigenaar en beheerder van een sleutel waarmee de individuele gebruiker toegang krijgt tot auteursrechtelijk beschermd materiaal. Zonder de sleutel van FTD is het voor de gebruiker aanzienlijk lastiger die toegang te verkrijgen en bovendien zou het materiaal dat hij dan ter beschikking krijgt van mindere kwaliteit kunnen zijn.

4.6. Aan het voorgaande doet, anders dan FTD betoogt, niet af dat gebruikers ook zonder gebruik te maken van de diensten van FTD de film in kwestie kunnen downloaden,

---

hetzij met behulp van een derde die vergelijkbare diensten aanbiedt, hetzij door de Usenetservers direct te doorzoeken. Dat het publiek de auteursrechtelijk beschermde bestanden ook langs andere weg tot zijn beschikking kan krijgen, maakt het ter beschikking stellen door FTD immers niet minder onrechtmatig.

4.7. Hieraan wordt ook niet afgedaan door het gegeven dat FTD het auteursrechtelijk beschermd materiaal niet zelf onder haar hoede heeft. Het materiaal wordt niet door haar geüpload naar de gebruiker die het downloadt. Het materiaal wordt niet als geheel of verdeeld in *articles* opgeslagen op haar servers. Aan de kwalificatie van FTD als partij die in auteursrechtelijke zin openbaar maakt doet dat niet af. Een vergelijking met de werkwijze van legale sites die na betaling *content* ter beschikking stellen dringt zich hier op. Voor dat soort sites geldt immers dat zij na betaling een sleutel (code) verstrekken waarmee toegang wordt verkregen tot veelal elders dan op de betaalserver gehoste *content*. Hoewel deze virtuele gang van zaken voor de gebruiker vrijwel geheel onzichtbaar blijft, is de gang van zaken bij FTD niet wezenlijk anders, behalve dat de toestemming van de auteursrecht-hebbende ontbreekt. Deze werkwijze blijft dan ook kwalificeren als een directe openbaarmaking.

4.8. De voorzieningenrechter oordeelt voorshands dat FTD door haar handelwijze het auteursrechtelijk beschermde werk “Komt een vrouw bij de dokter” zonder toestemming van Eyeworks openbaar heeft gemaakt en dat opnieuw dreigt te gaan doen als het op 11 mei gegeven bevel zou worden opgeheven. Er is dan ook geen aanleiding het bevel op te heffen of de beschikking te herzien en de vorderingen van FTD zullen worden afgewezen.

#### *Beslissingen in vergelijkbare procedures*

4.9. De rechtbank Utrecht heeft op 26 augustus 2009 in een zaak tussen Stichting Brein en Mininova BV<sup>1</sup> geoordeeld dat de in die procedure ter discussie gestelde handelingen van Mininova moeten worden gekwalificeerd als onrechtmatige daad en niet als auteursrechtinbreuk. De rechtbank achtte daarbij van belang het feit dat Mininova niet direct betrokken was bij het up- en downloaden van de auteursrechtelijk beschermde werken en dus niet op enig moment over die werken heeft beschikt. De handelingen van Mininova zijn tot op zekere hoogte vergelijkbaar met die van FTD. Uit het voorgaande blijkt dat de voorzieningenrechter in deze zaak de handelingen van FTD voorshands als zonder toestemming ter beschikking stellen van auteursrechtelijk beschermd materiaal kwalificeert.

4.10. De voorzieningenrechter zoekt aansluiting bij een recente beslissing<sup>2</sup> van de Engelse rechter. In een uitvoerig gemotiveerd vonnis oordeelt Justice Kitchin dat Newzbin, een onderneming die opereert op een wijze die op belangrijke punten overeenkomt met de handelwijze van FTD, auteursrechtinbreuk pleegt, ondanks de omstandigheid dat op de site van Newzbin geen auteursrechtelijk beschermde werken zijn geplaatst. Net als FTD biedt Newzbin een platform voor de uitwisseling van informatie over onder meer de exacte locatie van auteursrechtelijk beschermde werken op Usenetservers. Daardoor maakt Newzbin het voor haar gebruikers mogelijk die werken (eenvoudiger) te downloaden.

<sup>1</sup> LJN: BJ6008.

<sup>2</sup> [2010] EWHC 608 (Ch) UK High Court 29 March 2010, (Twentieth Century Fox Film Corporation et al. / Newzbin Limited).

---

Evenals naar voorlopig oordeel FTD in de onderhavige zaak, had Newzbin actieve, inhoudelijke bemoeienis met de door gebruikers geplaatste informatie, onder meer door het categoriseren van die informatie en het – al dan niet op verzoek van gebruikers – verwijderen van onbruikbare *spots*. Daarenboven waren de activiteiten van Newzbin naar het oordeel van de Engelse rechter gericht op (het mogelijk maken van) grootschalige auteursrechtinbreuk.

#### *Vordering in reconventie*

4.11. Het bij beschikking van 11 mei 2010 gegeven bevel blijft van kracht. De voorzieningenrechter stelt vast dat derhalve niet is voldaan aan de door Eyeworks gestelde voorwaarde, zodat de (voorwaardelijke) vordering in reconventie geen beoordeling behoeft.

#### *Proceskosten*

4.12. FTD zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. Eyeworks maakt aanspraak op vergoeding van de volledige proceskosten, die blijkens haar – door FTD onweersproken – kostenspecificatie EUR 10.003,61 bedragen. FTD heeft aangegeven dat zij, voor het geval de voorzieningenrechter haar in het ongelijk zou stellen en hij zijn beslissing niet zou baseren op de intellectuele eigendomsrechten van Eyeworks, maar op een andere grondslag, bezwaar maakt tegen een kostenveroordeling op grond van artikel 1019h Rv. Nu de afwijzing van de vordering van FTD is gebaseerd op auteursrechtelijke overwegingen, zullen de kosten aan de zijde van Eyeworks worden begroot op voornoemd bedrag.

### **5. De beslissing**

De voorzieningenrechter

- 5.1. wijst de vorderingen in conventie af en handhaaft de beschikking van 11 mei 2010;
- 5.2. verstaat dat de vorderingen in reconventie geen beoordeling behoeven;
- 5.3. veroordeelt FTD in de proceskosten, aan de zijde van Eyeworks tot op heden begroot op EUR 10.003,61;
- 5.4. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

Dit vonnis is gewezen door mr. Chr.A.J.F.M. Hensen en in het openbaar uitgesproken op 2 juni 2010 in het bijzijn van de griffier mr. R.P. Soullié.